



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2011

---

## **Kartellrechtliche Vorgaben für die Unternehmenskommunikation**

Heinemann, Andreas ; Heizmann, Reto

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-53721>  
Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas; Heizmann, Reto (2011). Kartellrechtliche Vorgaben für die Unternehmenskommunikation. In: Sethe, Rolf. Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 63-82.

---

# Kartellrechtliche Vorgaben für die Unternehmenskommunikation

ANDREAS HEINEMANN/RETO A. HEIZMANN

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	63
II.	Marktinformationssysteme.....	64
	1. Wirtschaftliche Zusammenhänge .....	64
	2. Kartellrechtliche Beurteilung .....	64
	3. Neue Regeln für den Marktinformationsaustausch .....	66
	4. Bewertung .....	67
III.	Kommunikationspflichten bei der Standardisierung und im Verwaltungsverfahren.....	68
	1. Ausgangslage.....	68
	2. Normierungsvereinbarungen in den neuen Horizontalleitlinien.....	69
	3. Kartellrechtliche Wahrheitspflichten.....	70
	4. Fazit.....	71
IV.	Herausgabe von Schnittstelleninformationen .....	71
	1. <i>De facto</i> -Standards .....	71
	2. Voraussetzungen für eine Offenlegungspflicht .....	72
	3. Statische und dynamische Analyse.....	73
V.	Produktankündigungen .....	73
VI.	Verbot der Pflicht zur Selbstbelastung.....	77
VII.	Schutz von Geschäftsgeheimnissen .....	80
VIII.	Ausblick .....	82

## I. Einleitung

Marktwirtschaftliche Systeme bedürfen für ihr Funktionieren und zu ihrer Erhaltung eines stabilen Gerüsts. Wenige haben den hierfür erforderlichen Ordnungsrahmen in so vielen Facetten ausgeleuchtet wie ROLF H. WEBER. Obwohl die Ausdifferenzierung der Rechtsgebiete und ihrer Unterdisziplinen den Trend in Richtung auf grössere Spezialisierung und Fokussierung lenkt, ist es dem Laureaten dank seiner schier unerschöpflichen Schaffenskraft gelungen, die Forschung auf zahlreichen Gebieten voranzutreiben. Wie kein anderer überblickt er das Gesamtgebiet des Privat-, Handels- und Wirtschaftsrechts samt methodologischen Grundlagen, neuen technischen Entwicklungen und aktuellen Fragestellungen, national und international. Ihm zu Ehren soll

hier die Brücke zwischen zwei der von ihm besonders geschätzten Rechtsgebiete geschlagen werden, nämlich dem Informations- und Kommunikationsrecht einerseits und dem Kartellrecht andererseits: Die kartellrechtlichen Vorgaben für die Unternehmenskommunikation sollen herausgearbeitet werden, ein Zusammenhang, der in dieser Form noch nicht hergestellt worden ist. Sechs Themenbereiche sollen als *partes pro toto* stehen.

## II. Marktinformationssysteme

### 1. Wirtschaftliche Zusammenhänge

Transparenz ist in der Marktwirtschaft von hohem Wert. Je genauer die Akteure das Geschehen überblicken, desto besser kann der Wettbewerb seine Aufgaben erfüllen. Diese Grundaussage gilt allerdings nur für den Idealzustand vollkommener Konkurrenz oder für Marktsituationen, die diesem Konstrukt nahekomen. Bestehen Marktunvollkommenheiten, kann ein hoher Transparenzgrad kontraproduktiv sein. Der Informationsaustausch kann Aufschluss über Geschäftsstrategien von Wettbewerbern geben, die Reaktion auf Unsicherheiten am Markt vereinheitlichen und auf diesem Weg Wettbewerbern zur Koordinierung ihres Verhaltens dienen. Gerade in Zeiten, in denen das Entdeckungsrisiko für harte Kartelle steigt, mag Bedarf nach subtileren Formen der Abstimmung bestehen.<sup>1</sup>

### 2. Kartellrechtliche Beurteilung

Für die kartellrechtliche Bewertung bedeutet dies eine Gratwanderung. Einerseits steigert grössere Transparenz die Wettbewerbsintensität; andererseits kann insbesondere auf oligopolistischen Märkten Transparenz die Koordinierung erleichtern und den Restwettbewerb spürbar beeinträchtigen. Das Kartellrecht muss auf diese Ambivalenz reagieren und praktikable Vorgaben für die Ausgestaltung des Informationsaustauschs machen.

Im Schweizer Kartellrecht standen die Marktinformationssysteme bisher nicht im Zentrum des Interesses.<sup>2</sup> Immerhin streift die Bekanntmachung der

---

<sup>1</sup> Daneben können Marktinformationsverfahren der untergeordnete Teil eines klassischen Hardcore-Kartells sein. Ein Beispiel ist das Industriesackkartell (EUROPÄISCHE KOMMISSION, Entscheidung v. 30.11.2005, ABl. 2007 L 282/41).

<sup>2</sup> S. MARCEL MEINHARDT/DANIEL HUFSCHEID, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 6, 153 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 374, 454. Marktinformationssysteme werden bisweilen als Indiz für das Vorliegen einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise genannt, s. z.B. RPW 1999/4, 614; 2002/4, 738; 2006/2, 397; 2009/1, 5. Die genauere Bewertung hängt aber jeweils von der Art des Informationsaustauschs und der Marktverhältnisse ab.

Wettbewerbskommission zur Verwendung von Kalkulationshilfen das Thema: Danach gehört zu den Anforderungen, die an die Rechtfertigung von Abreden zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe über den Gebrauch von Kalkulationshilfen gestellt werden, dass sie „keinen Austausch von Informationen beinhalten, die Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben können.“<sup>3</sup>

Hinter dieser Vorgabe stehen Grundsätze, die im Europäischen Kartellrecht entwickelt wurden: Sog. identifizierende Marktinformativverfahren, also solche, die Einzelheiten über Geschäftsabschlüsse mit Bezug auf einzelne Unternehmen offenlegen, verstossen zumindest auf engen Märkten gegen das Kartellverbot. Durch sie wird die Ungewissheit über das Marktgeschehen verringert und auf diesem Weg eine Verhaltenskoordinierung bewirkt.<sup>4</sup> Aus dem Kartellrecht lässt sich insofern das Postulat ableiten, dass der Geheimwettbewerb zu schützen ist. Zulässig sind nichtidentifizierende Marktinformationssysteme, bei denen ein Rückschluss auf Einzelgeschäfte ausgeschlossen ist, sowie allgemeine Markt- und Preisstatistiken.

Der Themenkreis ist von hoher praktischer Bedeutung, da Unternehmen grossen Bedarf an Marktinformationen haben. Eine der zentralen Aufgaben von Branchenverbänden besteht darin, ihre Mitglieder mit Marktinformativonen zu versorgen. Umso bedauerlicher ist es, dass ein präziser kartellrechtlicher Rahmen für die Ausgestaltung der Marktinformationssysteme nicht existiert.<sup>5</sup> Regelmässig wird auf die Notwendigkeit einer Betrachtung des Einzelfalls verwiesen. In den Horizontalleitlinien 2001<sup>6</sup> klammert die Europäische Kommission den Bereich des Informationsaustauschs ausdrücklich aus. Erhellend ist die Wortwahl in diesem Zusammenhang: „Erörtert werden nur diejenigen Arten der Zusammenarbeit, die zu Effizienzgewinnen führen können [...]“.<sup>7</sup> Aus dieser Formulierung lässt sich auf eine kritische Haltung der Kommission gegenüber Marktinformationssystemen schliessen.

---

<sup>3</sup> WETTBEWERBSKOMMISSION, Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen, Art. 3 lit. d und Art. 4 lit. c. Die Bekanntmachung stützt sich auf Art. 6 Abs. 1 b) KG, der die Kalkulationshilfen ausdrücklich erwähnt.

<sup>4</sup> Vgl. EuGH, 28.5.1998, C-7/95P – John Deere Ltd/Kommission, Slg. 1998, I-3111, Tz. 85-92. Oft lassen sich einschlägige Verhaltensweisen nicht als Vereinbarung, wohl aber als abgestimmte Verhaltensweise einordnen. Ausreichend ist der Informationsaustausch anlässlich eines einzigen Treffens, s. EuGH, 4.6.2009, Rs. C-8/08 – T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529.

<sup>5</sup> Für das deutsche Kartellrecht s. aber die Bekanntmachung des Bundeskartellamts über die kartellrechtliche Behandlung von Marktinformationssystemen vom 24.1.1977 (BAnz. Nr. 22, 8).

<sup>6</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/2 (im Folgenden: „Horizontalleitlinien 2001“).

<sup>7</sup> *Ibid.*, Tz. 10.

### 3. Neue Regeln für den Marktinformationsaustausch

In den Horizontalleitlinien 2001 verwies die Europäische Kommission darauf, dass horizontale Vereinbarungen über den Informationsaustausch getrennt behandelt werden müssen.<sup>8</sup> Zu einer gesonderten Bekanntmachung ist es allerdings nicht gekommen.<sup>9</sup> Dies hat sich durch die Neuauflage der Horizontalleitlinien geändert. Der im Dezember 2010 verabschiedete Text<sup>10</sup> enthält einen eigenen Abschnitt über „Allgemeine Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs“. An der Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung wird sich nichts ändern,<sup>11</sup> die Strukturierung dieser Prüfung aber präzisiert. Die Grundregel lautet:

„Ein Informationsaustausch hat dann wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1, wenn es wahrscheinlich ist, dass er spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation haben wird.“<sup>12</sup>

Bei der Beurteilung spielen folgende Faktoren eine Rolle: Der Austausch von Informationen über Absichten des Unternehmens für die Zukunft ist in besonderem Mass zur Verhaltenskoordination geeignet. Informationsaustausch kann aber auch der Kontrolle darüber dienen, ob eine vorher eingegangene Kollusion respektiert wurde. Werden Abweichungen festgestellt, können Vergeltungsmassnahmen die Folge sein. Exklusivität des Informationsaustauschs kann zur Benachteiligung von Aussenseitern führen und den Marktzutritt erschweren. Für die Prüfung dieser Fragen ist die Unterscheidung zwischen Marktstruktur und Art des Informationsaustauschs zentral. Je konzentrierter, stabiler und symmetrischer, und je weniger komplex ein Markt ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass Informationsaustausch auf Verhaltensko-

---

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Immerhin hat die Europäische Kommission an versteckter Stelle kartellrechtliche Grundsätze für den Informationsaustausch niedergelegt, die zwar einen sehr speziellen Anwendungsbereich haben, aber durchaus generalisierbar wären, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien für die Anwendung von Artikel 81 des EG-Vertrags auf Seeverkehrsdienstleistungen, ABl. 2008 C 245/2, Kapitel „3.2 Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern im Linienverkehr“. Die neuen Horizontalrichtlinien bauen ersichtlich auf diesem Text auf.

<sup>10</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011, C 11/1 (im Folgenden: „Horizontalleitlinien 2010“).

<sup>11</sup> Eine Ausnahme gilt für den identifizierenden Austausch von Daten über zentrale Wettbewerbsparameter: „Der Austausch unternehmensspezifischer Daten über geplantes künftiges Preis- oder Mengenverhalten zwischen Wettbewerbern sollte deshalb als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 betrachtet werden“ (Tz. 68 der Horizontalleitlinien 2010). Ausser Preis- und Mengenangaben werden auch Kundenlisten, Produktionskosten, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Pläne, Investitionen, Technologien, FuE-Programme und -Ergebnisse zu den sensiblen Geschäftsinformationen gezählt (Tz. 86).

<sup>12</sup> *Ibid.*, Tz. 69.

ordination zielt. Was die Art der Informationen betrifft, so sind die Nichtöffentlichkeit und das Alter der betreffenden Daten genauso von Bedeutung wie die Häufigkeit des Informationsaustauschs. Der Austausch hinreichend aggregierter Daten ist ungefährlicher als der von unternehmensspezifischen Angaben, auch wenn die Kommission betont, dass im engen Oligopol auch aggregierte Daten der Absicherung von Kollusion dienen können.<sup>13</sup> Die Frage einer Rechtfertigung des Informationsaustauschs nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, insbesondere das Thema der Effizienzgewinne, nimmt breiten Raum ein. In Übereinstimmung mit der aus dem US-Recht stammenden Richtlinienpraxis wird die rechtliche Würdigung durch zahlreiche Fallbeispiele abgeschlossen.

#### 4. Bewertung

Die Horizontalleitlinien wollen eine Hilfestellung bei der Herstellung von Kartellrechtskompatibilität geben, auch was die Grenzen des zulässigen Informationsaustauschs betrifft. Es lässt sich darüber streiten, ob das Ziel der Leitlinien, nämlich die Herstellung grösserer Anwendungssicherheit, tatsächlich durch einen unübersichtlichen Text weitgehend topischen Charakters hergestellt werden kann, dessen sich die Parteien im Streitfall wie eines Steinbruchs bedienen werden. Zwar werden Kernbeschränkungen identifiziert, nämlich der Austausch unternehmensspezifischer Preis- und Mengenangaben. Hierdurch ist aber nicht viel gewonnen, da im Bereich der Kernbeschränkungen ohnehin der Grundsatz „I know it when I see it“ gilt.<sup>14</sup> Viel wichtiger wären klarere Vorgaben für die rechtsberatende Praxis. Die Ausgestaltung der Informationssysteme gehört zu den wichtigsten Aufgaben der Wirtschaftsverbände. Fragen nach den kartellrechtlichen Grenzen des Datenaustauschs stellen sich deshalb ständig. Mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung ist nichts gewonnen. In die Leitlinien sollten klare Anforderungen an branchenweite Informationssysteme aufgenommen werden, bei deren Respektierung von Kartellrechtskonformität auszugehen ist. Zumindest für diesen wichtigen Anwendungsbereich wären die kartellrechtlichen Vorgaben für die Unternehmenskommunikation dann präzisiert.

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, Tz. 85.

<sup>14</sup> S. beispielsweise die prominente Rolle von Informationsaustauschen im Baubeschlägekartell, WETTBEWERBSKOMMISSION, Verfügung v. 18.10.2010, 22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, insbesondere Abschnitte A.3 und B.3.1.

### III. Kommunikationspflichten bei der Standardisierung und im Verwaltungsverfahren

#### 1. Ausgangslage

Auf dem Gebiet der Technik ist die Herstellung von Kompatibilität resp. Interoperabilität immer ein wichtiges Anliegen gewesen. Im Bereich der Informationstechnologie mit ihren Netzwerkeffekten ist das Bedürfnis nach störungsfreiem Zusammenwirken besonders gross. Normierung kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden. Werden Normen durch staatliche Regeln festgelegt, ist das Kartellrecht mangels unternehmerischen Verhaltens nicht anwendbar. Kartellrecht wird relevant bei der Normierung durch Normenorganisationen, durch Vereinbarungen ausserhalb solcher Organisationen und bei der einseitigen Durchsetzung von Standards durch einzelne Unternehmen.

Was kooperative Formen der Standardisierung betrifft, so unterscheidet die Europäische Kommission in den Horizontalleitlinien 2001 drei Stufen (vom Kartellverbot nicht erfasst, fast immer erfasst, vielleicht erfasst): Wenn die Normierung auf dem Grundsatz der Offenheit und Freiwilligkeit beruht, nämlich für alle zugänglich ist und niemanden zur Respektierung der Norm verpflichtet, ist das Kartellverbot von vornherein nicht anwendbar.<sup>15</sup> Damit sind die Aktivitäten der anerkannten Normenorganisationen in der Regel kartellrechtlich unbedenklich. Wenn dagegen Normierung benutzt wird, um aktuelle oder potentielle Wettbewerber auszuschliessen (z.B. wenn Druck ausgeübt wird, um die Vermarktung von Produkten zu verhindern, die nicht der Norm entsprechen), ist das Kartellverbot „fast immer“ einschlägig.<sup>16</sup> In den Graubereich fallen Normierungsformen, welche die Wettbewerbsintensität verringern.<sup>17</sup> Eine Rechtfertigung nach allgemeinen Regeln ist immer möglich.

Hinter der differenzierten Bewertung steht die Erkenntnis, dass es „gute“ und „schlechte“ Normierung gibt: Die Übereinstimmung mit Normen kann die Effizienz steigern. Normen können aber auch zum Ausschluss von Wettbewerbern eingesetzt werden, z.B. wenn bestimmten Unternehmen kein Zugang zum Standard eingeräumt wird (hierzu mehr unter III.), oder wenn der Standardisierungsprozess zur Erlangung missbräuchlicher Vorteile genutzt wird. Ein Beispiel für Letzteres ist der „Rambus“-Fall, der ein kartellrechtliches Lehrstück in Sachen Unternehmenskommunikation darstellt. Gegen das Unternehmen *Rambus* wurde der Vorwurf eines „Patenthinterhalts“ (*patent ambush*) erhoben: Das Unternehmen habe bei der gemeinsamen Normierung für DRAM-Chips die Existenz eigener Patente verschwiegen. Nach Annahme

---

<sup>15</sup> Horizontalleitlinien 2001 (Fn. 6), Tz. 163.

<sup>16</sup> *Ibid.*, Tz. 165.

<sup>17</sup> *Ibid.*, Tz. 166-167.

des Standards habe *Rambus* auf einschlägige Schutzrechte hingewiesen und überhöhte Lizenzgebühren verlangt.<sup>18</sup> Die Europäische Kommission war in einer vorläufigen Beurteilung der Auffassung, dass das Verhalten des Unternehmens „betrügerisch“ sei und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (auf dem globalen Technologiemarkt für DRAM-Schnittstellentechnologie) darstelle. Zu einer abschliessenden Beurteilung kam es nicht, da das Verfahren nach der Annahme von Verpflichtungszusagen eingestellt wurde.<sup>19</sup> Das Unternehmen verpflichtete sich u.a. dazu, keine Lizenzgebühren in Bezug auf Normen zu verlangen, die in dem betreffenden Zeitraum angenommen wurden.

## 2. Normierungsvereinbarungen in den neuen Horizontalleitlinien

Das Beispiel zeigt, dass Unternehmen bei der kooperativen Festlegung von Standards mit offenen Karten spielen müssen. Dem Thema kommt in den europäischen Horizontalleitlinien von 2001 nur eine untergeordnete Rolle zu. Kommunikationsobliegenheiten sind hier vor allem im Rahmen der Effizienzrechtfertigung (Art. 101 Abs. 3 AEUV) von Bedeutung. Für die Unerlässlichkeit einer Beschränkung wird Offenheit des Normierungsdiskurses verlangt:

„Sämtliche Wettbewerber in den von der Norm betroffenen Märkten sollten die Möglichkeit erhalten, an den Diskussionen teilzunehmen. Die Teilnahme an der Normierung sollte allen offen stehen, es sei denn, dass erhebliche Leistungsverluste aufgrund einer umfassenden Teilnahme nachgewiesen werden oder anerkannte Verfahren für die kollektive Interessenvertretung z.B. in Normenorganisationen vorgesehen sind.“<sup>20</sup>

In den Horizontalleitlinien 2010 wird der Kommunikationsaspekt deutlich gestärkt. Im Zusammenhang mit den ökonomischen Grundlagen wird die im „Rambus“-Fall zu Tage getretene Gefahr berücksichtigt, dass marktbeherrschende Unternehmen normrelevante Immaterialgüterrechte zu einem „Hold-up“ missbrauchen können.<sup>21</sup> Die Normenorganisationen werden zur Annahme verbindlicher Regeln zur Prävention solcher Situationen aufgefordert, wozu auch eine Pflicht zur Offenlegung einschlägiger Schutzrechte (und Schutz-

---

<sup>18</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, 23.8.2007, MEMO/07/330.

<sup>19</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, 9.12.2009 – Rambus, ABl. 2010 C 30/17. Gem. Erwägungsgrund 13 der VO 1/2003 (Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1) trifft die Behörde in einem Verfahren zur Annahme von Verpflichtungszusagen (Art. 9 der Verordnung) keine Feststellung zu der Frage, ob tatsächlich ein Kartellrechtsverstoss vorlag.

<sup>20</sup> Horizontalleitlinien 2001 (oben Fn. 6), Tz. 172.

<sup>21</sup> Horizontalleitlinien 2010 (oben Fn. 10), Tz. 262.



rechtsanmeldungen) sowie eine FRAND-Selbstverpflichtung gehört.<sup>22</sup> Darüber hinaus werden die Anforderungen an Transparenz und Offenheit kartellfreier Normsetzungsprozesse präzisiert. Alle Akteure müssen die Möglichkeit erhalten, sich an der Normensetzung zu beteiligen. Normorganisationen sollten Stimmrechte nach objektiven Massstäben und diskriminierungsfrei zuweisen. Das gesamte Verfahren sollte hinreichend transparent sein.<sup>23</sup>

Die vorgeschlagenen Regeln sind geeignet, das „Hold-up“-Risiko beträchtlich zu reduzieren. Auch wenn sie sich im Prinzip auf Normvereinbarungen jeder Art beziehen, steht die Standardisierung innerhalb von Normorganisationen im Vordergrund. Es wäre wichtig, einen Schritt weiterzugehen und alle Formen kooperativer Normsetzung einzubeziehen, jedenfalls soweit sie wettbewerbliche Ausschlusswirkungen haben. Es sollte deshalb ausdrücklich klargestellt werden, dass eine Standardisierung durch Vereinbarung zwischen einzelnen Unternehmen nur gegen die Gewährung von Transparenz und Lizenzbereitschaft zu haben ist.

### 3. Kartellrechtliche Wahrheitspflichten

Während der „Rambus“-Fall zeigt, dass das Verschweigen bestimmter Tatsachen im privatrechtlichen Verkehr missbräuchlich sein kann, verdeutlicht der „Losec“-Fall, dass auch falsche Angaben im Verwaltungsverfahren gegen Kartellrecht verstossen können. Das Unternehmen *AstraZeneca* hatte durch irreführende Angaben bei der zuständigen Behörde ein ergänzendes Schutz-zertifikat erschlichen.<sup>24</sup> Die Europäische Kommission verhängte eine Geldbusse, die vom Gericht der Europäischen Union im Wesentlichen bestätigt wurde.<sup>25</sup> Das Gericht verweist darauf, dass die Einreichung irreführender Angaben bei einer Behörde vom Grundsatz des Leistungswettbewerbs abweiche. Die Qualifikation als Missbrauch beruht entscheidend darauf, dass mit den irreführenden Angaben ein Ausschlussrechtsrecht erwirkt wurde, das den Ausschluss von Wettbewerbern erlaubt.<sup>26</sup>

Es geht bei der Bewertung von Lügen im Wettbewerb nicht um die kartellrechtliche Absicherung eines ethischen Minimums, sondern entsprechend

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, Tz. 280 ff.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Tz. 278 f.

<sup>24</sup> Ein zweiter, in unserem Zusammenhang nicht relevanter Vorwurf bezog sich auf die arzneimittelrechtliche Deregistrierung einer bestimmten Verabreichungsform mit dem Ziel, den Marktzutritt für Generika und Parallelimporte zu erschweren.

<sup>25</sup> EuG, 1.7.2010, Rs. T-321/05 – *AstraZeneca*, Slg. 2010, II-0000 (Rechtsmittel zum EuGH anhängig unter der Rechtssachennummer C-457/10). Das Gericht bestätigte den Vorwurf, dass das Unternehmen durch irreführende Angaben vor nationalen Patentämtern seine marktbeherrschende Stellung missbraucht habe. Der zweite Vorwurf (s.o. Fn. 24) wurde nur im Hinblick auf die Erschwerung des Marktzutritts von Generika, nicht aber im Hinblick auf die Beschränkung von Parallelimporten bestätigt.

<sup>26</sup> *Ibid.*, Tz. 355. Ein laufendes Verfahren, in dem die Europäische Kommission den Missbrauch des Patentsystems vorwirft, ist COMP/39246 – *Boehringer*.

den Zielen dieses Rechtsgebiets um die Sicherung des Wettbewerbs. Nicht alle irreführenden Behördeneingaben sind auch kartellrechtlich relevant. Geht es aber um die Beantragung von Immaterialgüterrechten, ist der Wettbewerbsbezug aufgrund der Ausschlusswirkung dieser Rechte unmittelbar gegeben. Da es bei der Antragstellung in der Regel um einseitiges Verhalten geht, ist Kartellrecht jedoch erst ab der Schwelle der Marktbeherrschung einschlägig. Dies zeigt die Zufälligkeit dieses Instruments. Gerade Verhaltensweisen, die wie im Fall *AstraZeneca* vom Grundsatz des Leistungswettbewerbs abweichen, sollten auch von der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel erfasst werden, so dass die Schutzlücke unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung geschlossen wäre.

#### 4. Fazit

Marktbeherrscher unterliegen gesteigerten Verhaltensanforderungen, die sich auch auf die Unternehmenskommunikation auswirken können. Dies ist z.B. im Normensetzungsverfahren und beim Umgang mit Verwaltungsbehörden relevant. Das Beispiel der Normensetzung zeigt darüber hinaus, dass bei branchenweiter Kooperation auch Unternehmen unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung den Geboten der Transparenz und Offenheit unterliegen können.

### IV. Herausgabe von Schnittstelleninformationen

#### 1. *De facto*-Standards

Die kartellrechtlichen Vorgaben für Wettbewerbsabreden gelten nur für die einvernehmliche Festlegung von Normen. Wie aber steht es, wenn bestimmte Normen sich ohne Verhaltenskoordination durchsetzen, also im Fall von *de facto*-Standards? Verhaltensrestriktionen können sich hier nur aus dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen ergeben. Eine mittlerweile als klassisch zu bezeichnende Streitfrage lautet, ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, Dritte einen Anspruch auf die Lizenzierung von Schutzrechten haben, die für die Benutzung eines *de facto*-Standards wesentlich sind. Die Europäische Kommission und die Europäischen Gerichte haben in einer Serie von Entscheiden (*Magill*, *IMS Health* und *Microsoft*) die Voraussetzungen bestimmt, bei deren Vorliegen kartellrechtliche Zwangslizenzen zuzusprechen sind.<sup>27</sup> Danach unterliegen marktbeherrschende Unternehmen

---

<sup>27</sup> S. die Diskussion bei FRANZ X. STIRNIMANN/ROLF H. WEBER, IT-/Info-Flaschenhälse und Kartellrecht, sic! 2007, 91. Besondere Hervorhebung verdienen auch die grundlegenden Ausführungen des Jubilars zum allgemeinen System der externen Schranken von Immateri-

zumindest dann einer Pflicht zur Lizenzerteilung, wenn ein neues Produkt verhindert wird, die Lizenzverweigerung objektiv nicht zu rechtfertigen ist und durch sie jeglicher Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt ausgeschlossen wird.<sup>28</sup> Im Schweizer Recht wird die europäische Fallpraxis zur Kenntnis genommen und in grossem Umfang rezipiert.<sup>29</sup>

## 2. Voraussetzungen für eine Offenlegungspflicht

Im vorliegenden Zusammenhang steht die Frage im Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen sich aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot Kommunikationspflichten ergeben. Höchste Relevanz hat diese Frage für die Herausgabe von Schnittstelleninformationen im IT-Sektor. In den 1980er Jahren wurde das Problem am Beispiel des *IBM*-Falls im europäischen Kartellrecht diskutiert und (im Gegensatz zum *IBM*-Verfahren in den USA) mit einem Vergleich zu Lasten des marktbeherrschenden Unternehmens abgeschlossen: *IBM* verpflichtete sich dazu, den Herstellern von Peripheriegeräten und ergänzender Software die notwendigen Schnittstelleninformationen rechtzeitig bekannt zu geben.<sup>30</sup> Auch im *Microsoft*-Fall wurde die Frage relevant. Kommission und Gericht erster Instanz kamen zu dem Ergebnis, dass Schnittstelleninformationen jedenfalls dann offenzulegen sind, wenn die (soeben erwähnten) Voraussetzungen für eine Zwangslizenz gegeben sind. Da dies nach Auffassung von Behörde und Gericht *in concreto* der Fall war, konnte die Frage offengelassen werden, ob für die Pflicht zur Mitteilung von Schnittstelleninformationen auch niedrigere Voraussetzungen ausreichen würden.<sup>31</sup> Im Diskussionspapier zu Art. 102 AEUV (damals: Art. 82 EG) hatte die Europäische Kommission diesen Standpunkt vertreten.<sup>32</sup> Diese Position wurde aber nicht in die endgültige Fassung der „Anwendungsprioritä-

---

algüterrechten, s. ROLF H. WEBER, Externe Beschränkungen des Urheberrechts, Jusletter, 6. Februar 2006.

<sup>28</sup> Auch nach dem IMS Health-Entscheid des EuGH bleibt die Frage umstritten, ob die *new product*-Rule und der Einsatz von Hebelwirkung kumulative oder alternative Erfordernisse für das Vorliegen eines Missbrauchs sind, s. näher ANDREAS HEINEMANN, Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht?, GRUR 2006, 705, 710.

<sup>29</sup> S. z.B. EVELYNE CLERC, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), *Droit de la concurrence – Commentaire Romand*, Genf/Basel/München 2002, Art. 7 KG N 157 ff.; RETO M. HILTY, *Lizenzvertragsrecht*, Bern 2001, 412 ff.; GEORG RAUBER, *Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht*, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), *Kartellgesetzrevision 2003*, 2004, 209 ff.

<sup>30</sup> S. hierzu FIN LOMHOLT, *Competition Policy Newsletter* 1998, Nr. 3, 7 ff.

<sup>31</sup> Vgl. EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04 – Microsoft, Slg. II-3601, Tz. 284, 289, 312 f.

<sup>32</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 2005, Tz. 242: „Even if such information may be considered a trade secret it may not be appropriate to apply to such refusals to supply information the same high standards for intervention as those described in the previous subsection“.

ten“<sup>33</sup> übernommen, so dass in der Frage der Voraussetzungen schnittstellenbezogener Kommunikationspflichten grosse Anwendungsunsicherheit besteht.<sup>34</sup>

### 3. Statische und dynamische Analyse

Für die kartellrechtliche Beurteilung ist es von entscheidender Bedeutung, nicht bei einer statischen Analyse stehenzubleiben, sondern die dynamischen Effekte einzubeziehen. Die Auswirkungen von Offenlegungspflichten auf die Innovationsanreize des marktbeherrschenden Unternehmens (aber auch der anderen Marktteilnehmer) sind zu untersuchen. Das Innovationsargument darf nicht als Pauschalrechtfertigung für jedwede Geschäftsstrategie verwendet werden. Die Tatsache ist zu berücksichtigen, dass der Ausschluss von Wettbewerbern sich auch negativ auf die Innovationsanstrengungen des Marktbeherrschers auswirken kann. Auch wenn Netzwerkeffekte auf den IT-Märkten häufig Marktkonzentration begünstigen, ist doch sicherzustellen, dass Substitutionswettbewerb nicht im Keim erstickt wird. Monopolstellungen müssen angreifbar bleiben; Strategien zur dauerhaften Abwehr von Substitutionswettbewerb sind dem Missbrauchsverdacht ausgesetzt.<sup>35</sup> Eingebettet in diese Zusammenhänge, und bezogen auf das hier behandelte Kommunikationsthema lässt sich das Postulat aufstellen, dass die Zurückhaltung von Information nicht zur Beschränkung des Wettbewerbs verwendet werden darf.<sup>36</sup>

## V. Produktankündigungen

Für Unternehmen können in Bezug auf die Kommunikation von Produktankündigungen wettbewerbsrechtliche Restriktionen gelten. Dies gilt insbesondere für sog. *vaporware*. Mit diesem Ausdruck werden Produktankündigungen bezeichnet, bei denen das Erscheinungsdatum des angekündigten Produkts mehrfach verschoben wird, das Produkt nie auf den Markt gebracht

---

<sup>33</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7.

<sup>34</sup> In der Schweiz liegt nun ebenfalls ein Schnittstellenfall vor. Im Dezember 2010 büsste die Wettbewerbskommission das Unternehmen SIX mit ca. CHF 7 Mio., weil Schnittstelleninformationen für die Fremdwährungsumrechnung an Zahlkartenterminals zurückgehalten wurden. Terminalhersteller, die nicht im Besitz dieser Informationen waren, hatten deshalb Absatzschwierigkeiten. S. WETTBEWERBSKOMMISSION, Medienmitteilung v. 14.12.2010 (der Text des Entscheids lag bei Manuskriptabschluss noch nicht vor).

<sup>35</sup> S. hierzu ANDREAS HEINEMANN, The Contestability of IP-protected Markets, in: Josef Drexl (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, 54 ff.

<sup>36</sup> Vgl. Wettbewerbskommissar JOAQUÍN ALMUNIA, Rede v. 3.12.2010, SPEECH/10/722, 4: „I will carefully scrutinise the digital arena: behaviour such as limiting the availability of information as a technical means to stifle competition will not be accepted“.

wird oder das auf den Markt gebrachte Produkt nicht die Eigenschaften aufweist, die ursprünglich angepriesen wurden.<sup>37</sup> In den USA befassten sich die Wettbewerbsbehörden schon mehrfach mit solchen Produktvorankündigungen,<sup>38</sup> insbesondere in einem Verfahren gegen Microsoft wurde die Problematik eingehender diskutiert.<sup>39</sup>

Mit der Vaporware-Taktik kann versucht werden, andere Unternehmen von einem Marktzutritt abzuhalten: Wenn ein potentieller Wettbewerber glaubt, dass das (marktbeherrschende) Unternehmen tatsächlich in naher Zukunft ein neues Produkt oder ein verbessertes Produkt auf den Markt bringt, kann es sein, dass er einen Marktzutritt als nicht profitabel beurteilt und deshalb von diesem absieht.<sup>40</sup> Auch kann mit der Vaporware-Taktik der Versuch verbunden sein, zu verhindern, dass Konsumenten ein bestehendes Konkurrenzprodukt kaufen.<sup>41</sup> In vernetzten Industrien wie etwa typischerweise der Softwareindustrie, in denen sich die Nachfrage eines Abnehmers auch nach derjenigen anderer Abnehmer richtet (Netzwerkeffekt), kann mit der Vaporware-Strategie verhindert werden, dass Konkurrenzprodukte oder mögliche andere Standards den aktuellen Standard eines Unternehmens ablösen.<sup>42</sup> In all diesen Fällen dürften die negativen wettbewerblichen Wirkungen von *vaporware* überwiegen. Allerdings sind neben den genannten negativen Auswirkungen auch positive zu erwarten. So kann etwa die frühe Bekanntgabe von Produktinnovationen die Hersteller von Komplementärprodukten in die Lage versetzen, rechtzeitig die Interoperabilität voranzutreiben; weiter kann die Produktvorankündigung den Konsumenten dienlich sein, indem sie davon abgehalten werden, schlechtere oder bald veraltete Produkte zu erwerben; schliesslich kann eine Produktvorankündigung ganz generell die Chance erhöhen, neue Produkte einzuführen.<sup>43</sup> In solchen und ähnlichen Fällen, die im Wesentlichen der besseren Marktinformation dienen,

---

<sup>37</sup> Vgl. DANIEL L. RUBINFELD, Wettbewerb, Innovation und die Durchsetzung des Kartellrechts in dynamischen, vernetzten Industrien, GRUR Int 1999, 479, 481; vgl. auch MARCO A. HAAN, Vaporware as a Means of Entry Deterrence, The Journal of Industrial Economics, September 2003, No. 3, 345, und ROBERT A. PRENTICE/JOHN H. LANGMORE, Beware of Vaporware: Product Hype and the Securities Fraud Liability of High-Tech Companies, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 8, Number 1, 1994, 1 f.

<sup>38</sup> Vgl. die Nachweise bei HAAN (Fn. 37), 346; vgl. auch HOLGER FLEISCHER, Missbräuchliche Produktvorankündigungen im Monopolrecht, WuW 1997, 203 ff.

<sup>39</sup> United States v. Microsoft Corp., 159 F.R.D. 318 (D.D.C. 1995); vgl. FLEISCHER (Fn. 38), 204 f.

<sup>40</sup> Vgl. HAAN (Fn. 37), 345 f.

<sup>41</sup> Vgl. HERBERT HOVENKAMP/MARK D. JANIS/MARK A. LEMLEY, IP and Antitrust, An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law, Volume 1, New York 2002, 2003 Supplement, 12-38 f.

<sup>42</sup> Vgl. RUBINFELD (Fn. 37), 481.

<sup>43</sup> Vgl. CARL SHAPIRO, Antitrust In Network Industries, Speech before the American Law Institute and American Bar Association, Antitrust/Intellectual Property Claims in High Technology Markets, San Francisco 1996, abrufbar unter [http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/05 93.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/05%2093.htm), IV.C.

müssen Produktvorankündigungen zulässiges Mittel im Wettbewerb konkurrierender Unternehmen sein.

Die kartellrechtliche Beurteilung entsprechender Verhaltensweisen hat diesen Umständen im Einzelfall Rechnung zu tragen. Typischerweise wird *vaporware* nicht durch mehrere Unternehmen in Absprache untereinander, sondern durch ein marktstarkes Unternehmen allein kommuniziert, weshalb in der Schweiz Art. 7 KG,<sup>44</sup> in der EU Art. 102 AEUV einschlägig ist. Sonach haben sich marktbeherrschende Unternehmen der Vaporware-Taktik zu enthalten, wenn andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder Unternehmen der Marktgegenseite benachteiligt werden. Diese Voraussetzungen dürften vorwiegend auf Märkten mit Netzwerkeffekten, bei denen mit *vaporware* das Ergebnis des Wettbewerbs zwischen konkurrierenden Standards beeinflusst werden soll,<sup>45</sup> gegeben sein, insbesondere dann, wenn der Vorankünder ein aktueller Wettbewerber ist, weniger aber, wenn es sich um einen potenziellen Wettbewerber handelt.<sup>46</sup> Unter solchen Umständen müssen marktbeherrschende Unternehmen den Zeitpunkt von Produktvorankündigungen sachgemäss wählen, wollen sie nicht ins Visier der Wettbewerbsbehörden geraten.<sup>47</sup> Das soll gleichzeitig aber auch heissen, dass Produktvorankündigungen marktbeherrschender Unternehmen nur ausnahmsweise kartellrechtlich problematisch sind.<sup>48</sup> Nichtmarktbeherrscher unterstehen von vornherein nicht den Vorschriften des Art. 7 KG resp. Art. 102 AEUV. Sie können sich somit der Vaporware-Taktik bedienen, jedenfalls aus kartellrechtlicher Perspektive. Eine Beurteilung nach Lauterkeitsrecht<sup>49</sup> oder allenfalls börsenrechtlichen Be-

<sup>44</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6.10.1995 (Stand am 1.1.2011), SR 251.

<sup>45</sup> Vgl. HOVENKAMP/JANIS/LEMLEY (Fn. 41), 12-39 f.; vgl. auch DAVID DRANOVE/NEIL GANDAL, The DVD vs. DIVX Standard War: Empirical Evidence of Vaporware, Competition Policy Center, Working Paper No. CPC00-16, 2000, 0-30, Abstract: „We find that there are network effects in the DVD market and that the preannouncement of DIVX slowed down the adoption of DVD technology. This suggests that strategic preannouncements can indeed affect the outcome of a standards competition”.

<sup>46</sup> DRANOVE/GANDAL (Fn. 45), Conclusion.

<sup>47</sup> Vgl. WERNHARD MÖSCHEL, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl., München 2007, § 19 N 139: „Auch verfrühte Produktankündigungen (sog. predatory product preannouncements) können im Einzelfall – trotz ambivalenter wettbewerbslicher Wirkungen – missbräuchlich sein“. Abgesehen davon bestehen in Bezug auf *vaporware* auch tatsächliche Schranken, da sich Unternehmen mit der verfrühten Ankündigung von Produktinnovationen dem Risiko von Reputationsverlusten aussetzen, vgl. MENG SU/VITHALA R. RAO, New Product Preannouncement as a Signaling Strategy: An Audience-Specific Review and Analysis, Johnson School Research Paper Series #5-08, 1-34, 13; zudem kann auch der sog. Kannibalisierungseffekt (Absatzeinbussen bei den bestehenden Erzeugnissen nach Ankündigung eines neuen Erzeugnisses) von *vaporware* abhalten, FLEISCHER (Fn. 38), 208 f., m.w.N.

<sup>48</sup> Vgl. auch FLEISCHER (Fn. 38), 210 f.

<sup>49</sup> Vgl. etwa Art. 3 lit. b UWG (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 [Stand am 1.1.2011], SR 241), wonach unlauter insbesondere handelt, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäfts-

stimmungen<sup>50</sup> könnte jedoch – dies gilt sowohl für Produktvorankündigungen nicht marktbeherrschender als auch marktbeherrschender Unternehmen – gegenteilig ausfallen.

Schliesslich verbleibt ein Blick auf den der *vaporware* geradezu entgegengesetzten Fall, dass ein (marktbeherrschendes) Unternehmen die Ankündigung von Produktinnovationen in missbräuchlicher Weise unterlässt. Hinzuweisen ist auf den in den USA im Jahr 1979 entschiedenen Fall *Berkey Photo v. Eastman Kodak Co.*<sup>51</sup> Kodak stellte u.a. Fotokameras und Fotofilme her. Andere Unternehmen produzierten zu den Kodak-Kameras kompatible Filme resp. zu den Kodak-Filmen kompatible Kameras, also komplementäre Produkte. Kodak pflegte, Produktinnovationen diesen Unternehmen jeweils frühzeitig bekanntzugeben, damit diese den Konsumenten die komplementären Produkte rechtzeitig anbieten konnten. Kodak brachte nun aber im Jahr 1972 ohne vorgängige Information gleichzeitig ein neues Kamerasystem und einen neuen Film auf den Markt. Diese neuen Produkte waren mit den bestehenden Produkten inkompatibel, konnten also nur zusammen verwendet werden. Konsumenten, die die neuen Produkte Kodaks einsetzen wollten, waren somit gezwungen, diese von Kodak zu kaufen, was Kodak gegenüber den Herstellern der Komplementärprodukte einen Wettbewerbsvorteil einbrachte. Kodak kam auf den relevanten Märkten Monopolmacht zu. Gleichwohl gab der United States Court of Appeals for the Second Circuit der Klage auf rechtzeitige Offenlegung technischer Neuerungen nicht statt; Section 2 des Sherman Act verlangt von einem Monopolisten nicht, Innovationen den Mitbewerbern vor der Markteinführung bekanntzugeben. Anders gewendet: Es bestand keine Pflicht zu *predisclosure*.<sup>52</sup> In der EU dagegen sind marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich dazu verpflichtet, die Hersteller von Komplementärprodukten vorab über einen geplanten Standardwechsel zu informieren.<sup>53</sup>

Letzteres muss auch für die Schweiz gelten. Es ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig verhalten, wenn sie – auf Märkten wie dem erwähnten – den Konkurrenten nicht rechtzeitig die für das Bestehen im Wettbewerb benötigten Informationen liefern. Speziell hervorzuheben ist, dass das Unternehmen, das die Innovationen auf den Markt bringt, in Fällen wie dem entschiedenen zunächst in der

---

verhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt.

<sup>50</sup> Vgl. nur Art. 53 des Kotierungsreglements der SIX Exchange Regulation (Ad-hoc-Publizität): Nach dessen Abs. 1 informiert der Emittent den Markt über kursrelevante Tatsachen, welche in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten sind. Als kursrelevant gelten Tatsachen, die geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen.

<sup>51</sup> *Berkey Photo Co. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979).

<sup>52</sup> *Berkey Photo Co. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979); vgl. CLERC, in: Tercier/Bovet (Fn. 29), Art. 7 N 264.

<sup>53</sup> FLEISCHER (Fn. 38), 209, m.w.N.; vgl. auch vorn IV.

Regel als marktbeherrschend zu beurteilen ist, auch wenn es auf dem Primärmarkt starkem Interbrand-Wettbewerb ausgesetzt ist. Denn die anderen Hersteller resp. die Unternehmen auf den vor- oder nachgelagerten Märkten sind auf die frühzeitigen Informationen angewiesen, wollen sie im Wettbewerb bestehen, das heisst sie befinden sich in einer Abhängigkeitsbeziehung. Solche Verhältnisse relativer Marktmacht können in der Schweiz nach Art. 7 KG (i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG) auf das Vorliegen missbräuchlicher Verhaltensweisen kontrolliert werden.<sup>54</sup> Die Verweigerung der *predisclosure* kann etwa als Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG zu werten sein, insbesondere dann, wenn die Produktinnovationen nicht einen technologischen Fortschritt darstellen, sondern einem Marktbeherrscher nur dazu dienen, (temporär) die Konkurrenz auszuschalten.<sup>55</sup>

## VI. Verbot der Pflicht zur Selbstbelastung

In Kartellverwaltungsverfahren gilt die Untersuchungsmaxime. So haben die Behörden den Sachverhalt grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen;<sup>56</sup> ihnen obliegt die Beweislast für eine Zuwiderhandlung.<sup>57</sup> Sowohl in der EU als auch in der Schweiz – worauf sich nachfolgende Ausführungen konzentrieren – wird die Untersuchungsmaxime durch eine Auskunftspflicht ergänzt:<sup>58</sup> Art. 40 KG zufolge haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (Art. 40 S. 1 KG). Diese Auskunftspflicht reicht weit, gilt sie doch auch ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens und nicht nur für die Verfahrensparteien, reicht also weiter als die allgemeine Mitwirkungspflicht in Verwaltungsverfahren.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Vgl. zur relativen Marktmacht im schweizerischen Recht RETO A. HEIZMANN, Relative Marktmacht, überragende Marktstellung – eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, recht 5/10, 172 ff.

<sup>55</sup> Vgl. CLERC (Fn. 29), Art. 7 N 264. Die Verweigerung der *predisclosure* könnte abgesehen davon auch unter die Generalklausel (Art. 7 Abs. 1 KG) zu subsumieren sein.

<sup>56</sup> Für die Schweiz s. Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 [Stand am 1.1.2011], SR 172.021).

<sup>57</sup> Für das europäische Kartellrecht s. Art. 2 VO 1/2003.

<sup>58</sup> Vgl. für die EU insbesondere Art. 18 VO 1/2003.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 39 KG i.V.m. Art. 13 VwVG; damit stellt sie eine weitergehende Auskunfts- oder Offenbarungspflicht im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG dar, STEFAN BILGER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 40 N 9; vgl. auch STEFAN RENFER, Verwaltungsverfahrenrechtliche Fragestellungen aus der Praxis des Kartellrechts – Betrachtungen eines ehemaligen Mitarbeiters des Sekretariats der WEKO, sic! 2010, 691-704, 694.



Schranken der Auskunftspflicht sind das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das Auskunfts- bzw. Editionsverweigerungsrecht,<sup>60</sup> nicht aber Geschäftsgeheimnisse.<sup>61</sup> Das Auskunfts- bzw. Editionsverweigerungsrecht steht nur natürlichen Personen zu.<sup>62</sup> Dies gilt nicht für eine weitere Schranke, nämlich den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*, auf den sich also auch juristische Personen berufen können. Nach diesem im Strafprozessrecht allgemein anerkannten Grundsatz darf sich niemand selbst belasten müssen. Das Verbot der Pflicht zur Selbstbelastung wird u.a. aus Art. 6 EMRK<sup>63</sup> hergeleitet und gilt nur in Strafverfahren.<sup>64</sup> Als solche resp. als strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 EMRK<sup>65</sup> sind auch kartellverwaltungsrechtliche Sanktionsverfahren anzusehen, das heisst in der Schweiz insbesondere alle Verfahren, in denen Unternehmen nach Art. 7 KG, Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG gebüsst werden sollen (Art. 49a Abs. 1 KG).<sup>66</sup> Darüber hinaus dürften auch die Verfahren nach Art. 50-52 KG als Verfahren strafrechtlichen Charakters einzustufen sein.<sup>67</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht liess im Entscheid in Sachen Mobilfunkterminierung, in dem es sich auch zum Verbot des Selbstbelastungszwangs in Kartellverwaltungsverfahren äusserte, die (umstrittene) Frage offen, ob die nach Art. 40 KG zur Mitwirkung Verpflichteten aufgrund des *nemo tenetur*-Grundsatzes über ein absolut geltendes Aussageverweigerungsrecht verfügen,

<sup>60</sup> BILGER (Fn. 59), Art. 40 N 14.

<sup>61</sup> BILGER (Fn. 59), Art. 40 N 19.

<sup>62</sup> BILGER (Fn. 59), Art. 40 N 19; a.A. MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 40 N 7, m.w.H.

<sup>63</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974 (Stand am 1.6.2010), SR 0.101.

<sup>64</sup> Welche Normen im Einzelnen die Grundlagen des *nemo tenetur*-Grundsatzes bilden, ist nicht ganz unumstritten, vgl. etwa für Deutschland RALF KÖLBEL, Selbstbelastungsfreiheiten, Berlin 2006, 22, m.w.N. Als Grundlagen kommen in Betracht (für die Schweiz im Speziellen): Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 6 Ziff. 3 EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992 [Stand am 16.4.2010], SR 0.103.2), Art. 31 Abs. 2 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 [Stand am 1.1.2011], SR 101), Art. 113 Abs. 1 S. 1 StPO (Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 [Stand am 1.1.2011], SR 312.0), vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19.8.2010, 6B\_327/2010, E. 2; BGE 121 II 257, 264 E. 4a.

<sup>65</sup> Vgl. dazu YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 251, 258, 268 f., m.w.N.; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, 110 f.

<sup>66</sup> Vgl. RPW 2010/2, 242 ff., Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 i.S. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion, 265 E. 4.2 und 270 E. 5.4.1.

<sup>67</sup> CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich/Basel/Genf 2007, 86 f.; HANGARTNER (Fn. 65), 269 f.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 50 N 1; PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 51 N 6; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 50 N 3, Art. 51 N 2, Art. 52 N 1.

oder ob sich das Aussageverweigerungsrecht auf Fragen beschränkt, durch die das Unternehmen direkt oder indirekt dazu gezwungen würde, ein wettbewerbswidriges Verhalten einzugestehen. Letzteres trifft jedenfalls gemäss der Rechtsprechung des EuGH für Wettbewerbsverfahren in der EU zu.<sup>68</sup> Für die Schweiz sollte Analoges gelten, auch wenn die Unterscheidung in der Praxis mitunter schwer zu handhaben sein kann: Käme den Unternehmen ein absolutes Aussageverweigerungsrecht aufgrund des *nemo tenetur*-Grundsatzes zu, bliebe Art. 40 KG weitgehend toter Buchstabe, was im Zusammenspiel mit dem Untersuchungsgrundsatz die Durchsetzung des Kartellrechts auf verwaltungsrechtlichem Verfahrensweg übermässig erschweren würde.

Zu beachten ist, dass nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts im Entscheid in Sachen Mobilfunkterminierung ein *Zwang* zur Selbstbelastung nur dann vorliegt, wenn die zuständige Wettbewerbsbehörde mittels selbstständig anfechtbarer, verfahrensleitender Verfügung die Auskunftspflicht sowie deren Umfang festhält, falls diese, insbesondere gestützt auf das Selbstbelastungsverbot, bestritten wird.<sup>69</sup> Das heisst: Will sich ein Unternehmen auf das Verbot des Selbstbelastungszwangs berufen, muss es die Auskunft verweigern und den Erlass einer Auskunftsverfügung anbegehren.<sup>70</sup> Diese Auslegung verdient Zustimmung, da sie einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Verbot des Selbstbelastungszwangs und dem Anliegen einer effizienten behördlichen Sachverhaltsabklärung schafft.

Schliesslich bleibt der Hinweis, dass sich Beschränkungen der Auskunftspflicht auch aus dem Berufsgeheimnis der Rechtsanwälte ergeben können.<sup>71</sup> Laut einem Entscheid des Bundesstrafgerichts gilt der Schutz des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB<sup>72</sup> aber nur für die unabhängigen und freiberuflichen Rechtsanwälte, Unternehmensanwälte sollen sich also grundsätzlich nicht auf Art. 321 StGB berufen können; anders könnte der Fall laut dem

<sup>68</sup> EuGH, 18.10.1989, 374/87 – Orkem, Slg. 1989, 3283, Tz. 34 ff., vgl. insbesondere Tz. 35: „Daher darf die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat“, vgl. auch Tz. 38; vgl. auch EuGH, 25.1.2007, Rs. C-407/04 – Dalmine/Kommission, Slg. 2007, I-829, Tz. 34; vgl. RPW 2010/2, 242 ff., Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.2.2010 i.S. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion, 276 f. E. 5.7.4.3.1.

<sup>69</sup> RPW 2010/2, 242 ff., Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.2.2010 i.S. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion, 277 E. 5.7.5.1.1, m.w.N.; vgl. Art. 52 KG.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 278 E. 5.7.5.1.3; auch wenn die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG „ex lege“ gilt, wie das Bundesverwaltungsgericht auch festhielt, *ibid.*, 277 E. 5.7.5.1.1.

<sup>71</sup> Art. 40 KG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 lit. b BZP (Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4.12.1947 [Stand am 1.1.2010], SR 273) i.V.m. Art. 321 Ziff. 1 StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 [Stand am 1.1.2011], SR 311.0); vgl. RENFER (Fn. 59), 695; COURVOISIER (Fn. 62), Art. 40 N 9.

<sup>72</sup> Nachweis in Fn. 71.

Bundesstrafgericht liegen, wenn diese bereits Verteidigungsvorbereitungen im konkreten Untersuchungsverfahren getroffen hätten.<sup>73</sup>

## VII. Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Sowohl für das zivil- als auch das verwaltungsrechtliche Verfahren gelten Kommunikationsbeschränkungen in Hinsicht auf Geschäftsgeheimnisse. Für die Wahrung schutzwürdiger Interessen im *Kartellzivilprozess* ist in der Schweiz Art. 156 ZPO anwendbar.<sup>74</sup> Nach dieser Bestimmung trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen, wenn eine Beweisabnahme die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter, wie insbesondere deren Geschäftsgeheimnisse, gefährdet. Für das (auch) in der schweizerischen Praxis weit bedeutendere *verwaltungsrechtliche Kartellverfahren* enthält Art. 25 KG die Regeln bezüglich des Amts- und Geschäftsgeheimnisses. Laut Art. 25 Abs. 1 KG haben die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis zu wahren, wobei dieses auch Geschäftsgeheimnisse einschliesst.<sup>75</sup> Und gemäss Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Unter Veröffentlichungen sind alle Anträge, Verfügungen, Stellungnahmen, Empfehlungen etc., die Dritten zugänglich sind, zu verstehen.<sup>76</sup> Insbesondere gelten als eine solche Veröffentlichung auch die Verfahrensakten, für die ein Einsichtsrecht der Parteien besteht.<sup>77</sup> Auch in EU-Kartellverfahren ist bei der Veröffentlichung eines Entscheids dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen (Art. 27 Abs. 4 und Art. 30 Abs. 2 VO 1/2003<sup>78</sup>).

Zunächst stellt sich die Frage, was unter einem Geschäftsgeheimnis zu verstehen ist. In analoger Anwendung der zu Art. 162 StGB entwickelten Grundsätze ist eine Tatsache *geheim*, wenn sie erstens weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich ist, wenn zweitens ein (subjektiver) Geheimhaltungswille des Geheimnisherrn gegeben ist und wenn drittens ein objektives Geheimhaltungsinteresse vorliegt, das heisst der Geheimnisherr an

---

<sup>73</sup> Bundesstrafgericht, Entscheid vom 14.3.2008, BE.2007.10-13, E. 6, mit zahlreichen Hinweisen; vgl. RENFER (Fn. 59), 695.

<sup>74</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (Stand am 1.1.2011), SR 272. Bis Ende 2010 enthielt das Kartellgesetz für das zivilrechtliche Verfahren in Art. 16 eine eigene Bestimmung die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen betreffend. Sie wurde mit Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung aufgehoben.

<sup>75</sup> Vgl. RENFER (Fn. 59), 696; SIMON BANGERTER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 25 N 45.

<sup>76</sup> BANGERTER (Fn. 75), Art. 25 N 47.

<sup>77</sup> WETTBEWERBSKOMMISSION, Merkblatt: Geschäftsgeheimnisse, Bern 2008, abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/>.

<sup>78</sup> Vgl. auch Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003.

der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse hat.<sup>79</sup> Letztere Voraussetzung besteht nach Ansicht der Wettbewerbskommission, wenn die fragliche Tatsache einen wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen hat, und wenn sie sich auf ein einzelnes Unternehmen bezieht und Rückschlüsse auf dieses einzelne Unternehmen zulässt.<sup>80</sup> Ein *Geschäftsgeheimnis* umfasst alle technischen Informationen wie Fabrikationsanleitungen, Herstellungs- und Konstruktionsverfahren (sog. Fabrikationsgeheimnisse) sowie alle Informationen über Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation etc., also Geheimnisse betriebswirtschaftlicher Natur.<sup>81</sup> In kartellrechtlichen Verfahren sind häufig Tatsachen wie Marktanteile, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte, Bezugs- und Absatzquellen, die interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien sowie Kundenlisten Gegenstand des Geheimnisschutzes.<sup>82</sup>

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen stellt quasi das Gegenstück zu der weit gehenden und auch Geschäftsgeheimnisse umfassenden Auskunftspflicht in Zusammenhang mit kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren dar (Art. 40 KG).<sup>83</sup> Der Schutz gilt für alle Unternehmen, die den Wettbewerbsbehörden entsprechende Tatsachen zukommen lassen, also nicht nur für die Verfahrensparteien.<sup>84</sup> Zudem steht er in einem gewissen Gegensatz zum Akteneinsichtsrecht,<sup>85</sup> einem weiteren Informationsrecht der Unternehmen. Denn wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert – etwa aus Gründen des Geheimnisschutzes –, darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 28 VwVG<sup>86</sup>). In der Praxis wird die Gegensätzlichkeit der Anliegen zwischen Geheimhaltungs- und Gehörsanspruch gemildert, indem die für den Entscheid wesentlichen geheimen Tatsachen in geeigneter Weise umschrieben werden.<sup>87</sup> Dies kann etwa durch die Angabe von Bandbreiten von Marktanteilen statt der Nennung konkreter Marktanteile oder die Anführung von Kunden in anonymisierter Form geschehen.<sup>88</sup>

<sup>79</sup> RENER (Fn. 59), 697, m.w.N.; vgl. auch WETTBEWERBSKOMMISSION, Merkblatt (Fn. 77).

<sup>80</sup> WETTBEWERBSKOMMISSION, Merkblatt (Fn. 77).

<sup>81</sup> BANGERTER (Fn. 75), Art. 25 N 53.

<sup>82</sup> Vgl. BANGERTER (Fn. 75), Art. 25 N 56, m.w.N.

<sup>83</sup> BANGERTER (Fn. 75), Art. 25 N 46.

<sup>84</sup> Vgl. BANGERTER (Fn. 75), Art. 25 N 48.

<sup>85</sup> Art. 39 KG i.V.m. Art. 26-28 VwVG.

<sup>86</sup> Nachweis in Fn. 56.

<sup>87</sup> ZÄCH (Fn. 2), N 1069.

<sup>88</sup> WETTBEWERBSKOMMISSION, Merkblatt (Fn. 77); vgl. RPW 2002/4, 698 ff., Vertrieb von Tierarzneimitteln, Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 715 f. E. 3.1.3. und 720 f. E. 3.3.2 f.

## VIII. Ausblick

Die ausgewählten Themenbereiche zeigen, dass das Kartellrecht sehr unterschiedliche Auswirkungen auf die Unternehmenskommunikation hat. Während der Kommunikationsfluss zwischen Wettbewerbern beschränkt wird, können marktbeherrschende Unternehmen dazu verpflichtet sein, bestimmte Informationen an ausgewählte Dritte oder an die Allgemeinheit herauszugeben. Ausnahmsweise können Marktbeherrscher aber auch zu besonderer Zurückhaltung in ihrer Kommunikation gehalten sein (s. die *vaporware*-Fälle). Besondere Kommunikationsprobleme ergeben sich aus dem Kartellverfahrensrecht: Unternehmensinformationen werden geschützt, soweit es um Geschäftsgeheimnisse geht oder eine Pflicht zur Herausgabe den *nemo tenetur*-Satz verletzen würde. Allgemein lässt sich die Aussage treffen, dass das Kartellrecht unternehmerische Verhaltensspielräume nicht nur im Hinblick auf zentrale Wettbewerbsparameter prägt, sondern auch subtilen Einfluss auf die internen und externen Informationsströme nimmt. Die kartellrechtlichen Vorgaben dürfen bei der Ausgestaltung der Unternehmenskommunikation deshalb keinesfalls unterschätzt werden.